

Konrad Kohutek*

Australijskie prawo konkurencji – zagadnienia wybrane

Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Cele ustawy, pojmowanie konkurencji oraz podmiotowy zakres zastosowania
- III. Porozumienia antykonkurencyjne
- IV. Praktyki unilateralne
- V. Fuzje i przejęcia
- VI. Uwagi podsumowujące i refleksje końcowe

Streszczenie

W artykule przedstawiono wybrane zagadnienia prawa konkurencji obowiązującego w Australii. Publikacja opiera się zarówno na przepisach australijskiej ustawy z 2010 r. „o konkurencji i konsumentach”, jak i na tamtejszym orzecznictwie. Koncentruje się przede wszystkim na regułach materialno-prawnych (jak zwłaszcza: zakres zastosowania tej ustawy, pojmowanie konkurencji, definicja porozumień antykonkurencyjnych, a także ocena kiedy przedsiębiorca („korporacja”) dysponujący znaczącą siłą rynkową w sposób niezgodny z prawem siłę tą wykorzystuje). Opracowanie zawiera również uwagi porównawcze prawa australijskiego do unormowań polskiego lub unijnego porządku antymonopolowego. W końcowej części poczyniono kilka generalnych refleksji na temat niektórych koncepcji australijskiego prawa konkurencji w tym techniki legislacyjnej.

Słowa kluczowe: korporacja, standard istotnego ograniczania konkurencji; autoryzacja; umowy porozumienia i uzgodnienia; nadużycie siły rynkowej; zmuszanie „trzecio-liniowe”; nieformalne zgoda na koncentrację.

I. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem niniejszego opracowania¹ jest zaprezentowanie zarysu przepisów prawa konkurencji obowiązujących w Australii. Z racji dużej objętości samego tekstu australijskiej ustawy antymonopolowej (zob. niżej), a także mając na względzie charakter i cel tego artykułu, ukazane zostaną w nim tylko wybrane (głównie materialno-prawne) zagadnienia (praktyki) objęte regulacjami tego porządku prawnego. Jednocześnie artykuł ten nie będzie ograniczać się tylko do przedstawienia treści samych przepisów, obejmując również stosunkowo liczne przykłady z orzecznictwa.

* Doktor habilitowany nauk prawnych. Adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; e-mail: kohutek@gmx.net.

¹ Autor składa serdeczne podziękowanie Davidowi Howarthrowi (Adiunkt – Wykładowca na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Sydney) za wartościowe wskazówki i konsultacje pomocne przy opracowaniu niniejszego artykułu [*The author would like to thank David Howarth (Adjunct Lecturer, University of Sydney Law School) for valuable guidance and consultations which were helpful in writing this article*].

Podstawowym aktem prawa antymonopolowego w Australii jest **Ustawa o Konkurencji i Konsumentach (*Competition and Consumer Act*) z 2010 r.** (dalej: CCA). Wskazana nazwa tej ustawy obowiązuje od 1 stycznia 2011 r.; przed tą datą obowiązywała (od 1 października 1974 r.) Ustawa o Praktykach Handlowych (*Trade Practices Act*). Nowela z 2010 r. wprowadziła zmiany w szczególności w zakresie przepisów dotyczących australijskiego prawa konsumentów (*Australian Consumer Law*), podczas gdy przepisy antymonopolowe, na których skupia się niniejszy artykuł, pozostały w większości bez zmian od 1974 r. Z tego też względu zwraca się uwagę, że obecnie – tj. po ponad 35 latach obowiązywania – „Australia może zasadnie postrzegać swoje prawo konkurencji jako dojrzałe”².

Australijska ustawa o konkurencji i konsumentach jest bardzo rozbudowanym aktem prawnym. Wprawdzie liczy niespełna 120 artykułów („sekcji”) –pod tym względem mniej niż ustawa polska³ – to jednak jej objętość (treść) jest prawie siedmiokrotnie większa od tej drugiej; wiele numerycznie oznaczonych przepisów CCA zostało podzielonych na dodatkowe jednostki (litery)⁴, zazwyczaj będące następstwem nowelizacji.

Organem odpowiedzialnym za egzekwowanie przestrzegania australijskich reguł antymonopolu jest Australijska Komisja ds. Konsumentów i Konkurencji (*Australian Competition and Consumer Commission*; dalej: **ACCC**). W kraju tym funkcjonuje także specjalny sąd rozpatrujący sprawy z zakresu antymonopolu, tj. Australijski Trybunał ds. Konkurencji.

II. Cele ustawy, pojmowanie konkurencji oraz podmiotowy zakres zastosowania

Zgodnie z art. 2 CCA „celem tej ustawy jest zwiększanie dobrobytu Australijczyków poprzez wspieranie konkurencji i uczciwego handlu, a także zapewnienie ochrony konsumentów”⁵. Ze wskazanej aksjologii w zasadzie wprost można dedukować opowiedzenie się za podejściem „prokonsumenckim” australijskiego antymonopolu, tj. bazującym na koncepcji dobrobytu konsumenta (*consumer welfare*). Znajduje to zarazem potwierdzenie w sposobie postrzegania samej konkurencji.

Podobnie jak w przypadku wielu przepisów antymonopolowych innych państw, także prawo australijskie nie definiuje pojęcia konkurencji⁶, mimo że liczne jego unormowania wprost odwołują się do tego pojęcia⁷. Jego dookreślenie pozostawione zostało orzecznictwu. Konkurencja postrzegana jest w nim jako „konkurencyjny proces prowadzący do efektywności ekonomicznej, który sprzyja interesom konsumentów”⁸ albo jako „długo-terminowe zjawisko – proces, którego ostateczne korzyści nie zawsze są natychmiast postrzegalne”⁹; uznano w nim, iż dla ustalenia czy

² Australia can legitimately claim to have a mature competition law; S.G. Corones, *Competition Law in Australia*, Fifth Edition, Sydney 2010, s. v.

³ Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.); (dalej: uokik).

⁴ Jak np. art. 44 obejmujący (m.in.) przepisy art. 44A, 44AA, 44AE, itd. – aż do „końca alfabetu”, tj. do art. 44ZZ.

⁵ *The object of this Act is to enhance the welfare of Australians through the promotion of competition and fair trading and provision for consumer protection.*

⁶ Jakkolwiek w rozbudowanym słowniczku ustawowym pojawia się sformułowanie, zgodnie z którym „konkurencja obejmuje także konkurencję ze strony importowanych towarów i usług świadczonych przez osoby, które nie zamieszkują w Australii lub nie prowadzą w niej działalności gospodarczej (*competition includes competition from imported goods or from services rendered by persons not resident or not carrying on business in Australia*); art. 4 CCA. Takiemu sformułowaniu trudno wszak przypisywać status definicji konkurencji. W istocie bowiem pojęcia tego nie definiuje, przesądzając jedynie, iż obejmuje ona także konkurencję (w tym presję konkurencyjną) ze strony „nieaustralijskich przedsiębiorców”.

⁷ Jak np. art. 45 CCA (ogólne przepisy dotyczące porozumień antykonkurencyjnych), art. 47 CCA (transakcje wyłączne), art. 50 CCA (koncentracja przedsiębiorców), które przewidują „standard istotnego ograniczenia konkurencji” (*substantial lessening of competition standard*).

⁸ *Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Co Ltd* (1989) 167 CLR 177, at 191.

⁹ *Re Qantas Airways Ltd* (2004) ATPR 42-027, at 421.

praktyka (np. porozumienie) istotnie narusza konkurencję, należy skupić się nie tyle na pozycji określonego konkurenta, ile na aktualnej oraz potencjalnej sytuacji na danym rynku lub rynkach¹⁰.

Sądy australijskie opowiadają się więc przede wszystkim za bardziej ekonomicznym (skutkowym) pojmowaniem konkurencji, nie utożsamiając jej z samą rywalizacją lub pozycją konkurencyjną poszczególnego przedsiębiorcy. Celem australijskiej ustawy antymonopolowej jest bowiem ochrona procesu konkurencyjnego, a nie indywidualnych konkurentów lub drobnych przedsiębiorców¹¹. W literaturze wprost zwraca się uwagę, iż standard istotnego ograniczenia konkurencji „nie jest testem strukturalnym” (*is not a structural test*), jakkolwiek sama struktura rynku stanowi także jeden z relewantnych czynników¹².

Australijska ustawa o konkurencji i konsumentach ma szeroki podmiotowy zakres zastosowania. Zgodnie z art. 4 CCA jej przepisy stosuje się do „**korporacji**” (*corporation*). Z orzecznictwa wynika, iż status takiego podmiotu przypisywać należy temu, którego aktualna działalność polega na działalności gospodarczej – „handlu” (*trading*), czyli oferowaniu za wynagrodzeniem towarów lub usług¹³. Przytoczone podejście pozwalało na zastosowanie tej ustawy do działalności np. Stowarzyszenia Rodeo Biloela (na tej podstawie, iż organizowało ono rozrywkę w zamian za wynagrodzenie¹⁴) lub Czerwonego Krzyża (na tej podstawie, iż uzyskiwał on znaczny dochód z prowadzenia sklepu oraz kursów biegowych¹⁵). Sama ustawa przesądza, że znajduje ona zastosowanie także do lokalnych jednostek rządowych (*local government body*), jakkolwiek tylko w zakresie w jakim prowadzą one działalność gospodarczą – „biznes” (*business*); art. 2B CCA.

III. Porozumienia antykonkurencyjne

Przepisy dotyczące porozumień odznaczają się relatywnie sporą ilością zakazów *per se* (jakkolwiek podlegając – przynajmniej formalnie – możliwości autoryzacji przez ACCC; zob. niżej). Generalnie do tej kategorii porozumień zalicza się porozumienia cenowe (*price fixing* – zdefiniowane w art. 44ZZRD(2)), porozumienia ograniczające produkcję (zdefiniowane w art. 44ZZRD(3a)) oraz porozumienia przewidujące podział klientów, dostawców lub terytoriów (zdefiniowane w art. 44ZZRD(3b))¹⁶. Podleganie przez powyższe porozumienia – a zwłaszcza ustalanie cen – reżimowi zakazu *per se* (*per se nature of the cartel offences*) oznacza, że praktyki te są zakazane niezależnie od ich skutku, czyli także kiedy „nie ograniczają konkurencji” (*does not lessen competition*)¹⁷. Jak to wskazano w orzecznictwie, „bez względu na ekonomiczne uzasadnienie, jakie można przypisać określonej praktyce ustalania cen (*price-fixing agreements*), ‘prawo nie zezwala na badanie ich zasadności’ (*the law does not permit to inquiry into their reasonableness*). Są one zakazane

¹⁰ ASX Operations Pty Ltd i inni v. Pont Data Australia Pty Ltd (No 2) (1991) 27 FCR 460, at 478.

¹¹ Zob. np. Baxter Healthcare Pty Ltd. v. ACCC (2005) ATPR 42-066, at 548; Melway Publishing Pty Ltd v. Robert Hicks Pty (2001) CLR 1 at 13; Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Co Ltd (1989) 167 CLR 177, at 191. Jakkolwiek w oparciu o treść art. 46 (1a) CCA można mieć wątpliwości co do tego, że australijska ustawa antymonopolowa chronić ma jedynie proces konkurencyjny, a nie indywidualnych konkurentów; wskazany przepis za przejaw nadużycia siły rynkowej wymienia „eliminację lub istotne zaszkodzenie konkurentowi korporacji” (*eliminating or substantially damaging a competitor of the corporation*); zob. też pkt 4.

¹² S.G. Corones, *Competition Law...*, s. 569.

¹³ Re Ku-ring-gai v. Co-operative Building Society (No 12) Ltd (1978) 36 FLR 134, at 138–139.

¹⁴ McCarthy v. Australian Rough Riders Association (1988) ATPR 40-836.

¹⁵ E v. Australian Red Cross Society (1991) 27 FCR 310, at 343–344.

¹⁶ S.G. Corones, *Competition Law...*, s. 287, 298, 299.

¹⁷ Ibidem, s. 294.

z uwagi na ich aktualne lub potencjalne zagrożenie dla ‘centralnego układu nerwowego gospodarki’ (*central nervous system of the economy*)”¹⁸; naruszenie tych zakazów zagrożone zostało karą¹⁹.

Ustawa australijska zakazuje „**umów, porozumień i uzgodnień**” (*contracts, arrangements and understandings*), których celem (*purpose*) skutkiem (*effect*) lub prawdopodobnym skutkiem (*likely effect*) jest istotne ograniczenie konkurencji (art. 45 (2) CCA). Nie definiuje ona pojęć określających praktykę kolektywną. W orzecznictwie wskazano, iż pod pojęciem „umowy, porozumienia i uzgodnienia” rozumieć należy „spektrum dobrowolnych kontaktów” (*spectrum of consensual dealings*)²⁰. Wprawdzie ta „orzecznicza definicja” w istocie niewiele wyjaśnia, to jednak wynika z niej, iż praktyki określone w ww. przepisie (antykonkurencyjne kooperacje) należy postrzegać szeroko (podobnie jak na gruncie prawa polskiego czy unijnego w zakresie wykładni „porozumienia”). W szczególności „porozumienie oraz uzgodnienie” w znaczeniu art. 45 (2) CCA odnosić należy do tych form kooperacji (kontaktów między przedsiębiorcami), które są mniej formalne, nie stanowiąc umowy (kontraktu)²¹; zaznacza się, iż „uzgodnienie” (*understanding*) powinno obejmować „zestknięcie się dwóch lub większej ilości woli”²².

Orzecznictwo dopuszcza także bazowanie na pośrednich dowodach w celu wykazania zawarcia porozumienia w znaczeniu przepisów CCA; nie zawsze konieczne jest przedłożenie bezpośredniego dowodu spotkania stron bądź też wymiany informacji pomiędzy nimi²³. W szczególności „pośrednia komunikacja” pomiędzy stronami – prowadząca do wystąpienia „jedności celu” (*community of purpose*)²⁴ – może mieć miejsce także dzięki działaniom podmiotu trzeciego, które prowadzić będą ku temu, iż każdy członek uzgodnienia realizować będzie ten sam cel. Przypadek taki odnosi się (m.in.) do tzw. porozumień *hub and spoke* – jak miało to miejsce w sprawie *News Ltd v Australian Rugby*. W sprawie tej sąd niższej instancji uznał, że doszło do zawarcia 20 osobnych porozumień wertykalnych pomiędzy ligą rugby a każdym z jej klubów; stanowisko to nie zostało wszak zaaprobowane przez sąd wyższej instancji, który z okoliczności danej sprawy wywiódł istnienie wspólnej zgody (porozumienia) między klubami (jedną z tych okoliczności było działanie tych klubów za pośrednictwem dwóch osób Mr Arthurson oraz Mr Quayle – działających jako „hub”²⁵).

Na uwagę zasługuje rozbudowane określenie każdego z rodzajów porozumień. Tytułem przykładu, przez pojęcie porozumienia cenowego art. 44ZZRD(2) CCA rozumie postanowienie (*provision*) „mające bezpośredni lub pośredni cel lub skutek polegający na ustalaniu, kontrolowaniu lub utrzymywaniu ceny albo zapewnieniu ustalenia, kontroli lub utrzymania ceny, dopłaty, rabatu, kredytu w odniesieniu do dostarczanego towaru lub usługi albo towaru lub usługi, które prawdopodobnie zostaną dostarczone przez jedną lub wszystkie ze stron umowy porozumienia lub uzgodnienia albo towaru lub usługi, które prawdopodobnie zostaną nabyte przez jedną lub wszystkie ze stron umowy, porozumienia lub uzgodnienia (...)”. O ile precyzja i jednoznaczność (czasem wymagająca szczegółowości unormowań) jest wskazana (gdyż z reguły zwiększa

¹⁸ ACCC v. CC (NSW) Pty Ltd (1999) 92 FCR 375 at 182.

¹⁹ Jak dotychczas najwyższa kara nałożona przez ACCC za udział w kartelu wyniosła 36 milionów dolarów australijskich; zob. ACCC v. Visy Industries Holdings Pty Limited (No 3) (2007) ATPR 42-185. Należy zaznaczyć, iż w prawie australijskim ACCC nie jest legitymowany do nakładania kar; byłoby to sprzeczne z konstytucją tego kraju, która uprawnienie takie przyznaje wyłącznie sądom.

²⁰ ACCC v. Leahy Petroleum Pty Ltd (2007) 160 FCR 321 at 24.

²¹ ACCC v. Leahy Petroleum Pty Ltd (2004) 141 FCR 183, at 54.

²² *Meeting of two or more minds*; Top Performance Motors Pty Ltd v Ira Berk (Qld) Pty Ltd (1975) 24 FLR 286, at 291.

²³ TPC v David Jones (Australia) Pty Ltd (1986) 13 FCR 446.

²⁴ Ibidem.

²⁵ News Ltd v Australian Rugby Football League Ltd (1996) 58 FCR 447 at 574–575.

pewność prawną), o tyle w danym wypadku można mieć wątpliwości co do zasadności i rzeczywistej (tj. zwłaszcza praktycznej) potrzeby tak kazuistycznej regulacji (zob. też pkt 6).

Jak już wyżej wspomniano, mimo stosunkowo licznych formalnych zakazów *per se*, większość z objętych nimi porozumień, podlega **możliwości autoryzacji** (*authorisation*)²⁶ przez ACCC lub Trybunał (w trybie art. 88–93 CCA; zob. też art. 4 CCA *in principio*); możliwość takiej autoryzacji w istocie więc oznacza, że dane zachowanie nie powinno być traktowane jako zakazane *per se*²⁷. Autoryzacja jest udzielana, jeżeli dane porozumienie – pomimo tego, że istotnie ogranicza konkurencję – przynosi „społeczeństwu” (*public*) korzyści, które przeważają (*outweigh*) nad szkodami dla społeczeństwa wynikającymi z ograniczenia konkurencji. Analiza ta bywa określana jako „test korzyści netto” (*net benefit test*)²⁸.

IV. Praktyki unilateralne

1. Podstawowym materialno-prawnym przepisem reglamentującym unilateralne zachowania przedsiębiorstw o znaczącej sile rynkowej²⁹ jest art. 46 CCA. Jak to *expressis verbis* określa jego tytuł, odnosi się on do praktyk mogących stanowić „**nadużycie siły rynkowej**” (*misuse of market power*).

Ustawa australijska nie definiuje **pojęcia znaczącej siły rynkowej**. W orzecznictwie zostało ono określone jako „zdolność przedsiębiorcy do podnoszenia cen powyżej poziomu kosztów dostawy bez utraty klientów na rzecz konkurentów w odpowiednim czasie, przy rozumieniu ‘kosztów dostawy’ (*supply cost*) jako minimalnego kosztu jaki efektywny przedsiębiorca poniósłby przy produkcji danego towaru”³⁰. W cytowanej definicji zwraca się zarazem uwagę na przesłankę „odpowiedniego czasu” (*due time*), z jakiej wywodzi się wniosek, iż siły rynkowej nie należy oceniać na podstawie krótkoterminowego wpływu na ceny, lecz przede wszystkim perspektywy długoterminowej³¹.

Zasadniczo unormowania australijskiej ustawy antymonopolowej skupiają się na unilateralnych praktykach wykluczających, jakkolwiek art. 46 (1) CCA formalnie można odnosić także do stosowania cen „istotnie zawyżonych” (*excessively high*), czyli praktyki eksploatacyjnej³². Zwraca się wszakże uwagę, iż przepis ten nie dotyczy tych przypadków stosowania cen (nawet istotnie) zawyżonych, które prowadzą do „przejęcia nadwyżki” (*extract surplus*) niezależnie od wpływu praktyki na konkurentów³³.

W odniesieniu do praktyk wykluczających, także na gruncie prawa australijskiego kluczowy pozostaje problem – w zasadzie o wymiarze globalnym (uniwersalnym³⁴) – tj. wskazania właściwego, a zarazem klarownego testu służącego odróżnieniu „konkurencji merytorycznej” (*competition on the merits*) – w którą może angażować się także przedsiębiorca dominujący – a „wykluczającym”

²⁶ Autoryzacji nie podlegają np. zmowy przetargowe (co oczywiście nie może budzić wątpliwości), ale także np. praktyki tzw. *third line forcing* (zob. niżej).

²⁷ Tak wszakże są określane w doktrynie prawa australijskiego; zob. przypis nr 15.

²⁸ S.G. Corones, *Competition Law...*, s. 200.

²⁹ Tj. podmiotów o pozycji dominującej na rynku w prawie polskim lub unijnym.

³⁰ *Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Co Ltd* (1989) 167 CLR 177, at 188.

³¹ S.G. Corones, *Competition Law...*, s. 135.

³² Zob. np. *Pont Data Australia Pty Ltd v. ASX Operations Pty Ltd* (1990) 21 FCR 385.

³³ S.G. Corones, *Competition Law...*, s. 464.

³⁴ Zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących, Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 436, 437.

(*exclusionary*) unilateralnym zachowaniem biznesowym tego podmiotu³⁵. Potwierdza to także sformułowanie użyte w jednej z ważniejszych australijskich spraw dotyczących nadużywania siły rynkowej, zgodnie z którym art. 46 CCA wymaga od sądu, aby ten „odróżnił korzystne od szkodliwych praktyk konkurencyjnych”³⁶.

2. Konstrukcyjnie art. 46 CCA jest podobny do rozwiązań obowiązujących w prawie polskim i unijnym. Konieczne jest nie tylko wykazanie posiadania przez przedsiębiorcę znaczącej siły rynkowej, ale także tego, iż dopuścił się on określonej praktyki antykonkurencyjnej, tj. – posługując się terminologią ww. przepisu – „**wykorzystał tę siłę**”³⁷. Dodatkowo przepis ten wyraźnie wymaga wykazania trzeciej przesłanki, tj. określonego (antykonkurencyjnego) celu zachowania dominanta³⁸ (czego nie przewiduje już ani treść art. 9 uokik., ani art. 102 TFUE). Podobieństwo do rozwiązań przewidzianych w prawie polskim lub unijnym przejawia się także w otwartym (*open-ended*)³⁹ – jakkolwiek znacznie bardziej rozbudowanym – katalogu praktyk mogących stanowić nadużycie znaczącej siły rynkowej. Tytułem przykładu (w początkowej części art. 46 CCA) wymienione zostały takie praktyki, jak: eliminacja lub istotne zaszkodzenie konkurentowi, zapobieganie wejścia innemu przedsiębiorcy na dany lub jakkolwiek inny rynek, uniemożliwianie lub utrudnianie innemu przedsiębiorcy angażowania się w zachowania konkurencyjne na danym lub jakimkolwiek innym rynku. Wskazane przykłady – mimo że w założeniu mają uszczegółowiać zakazu nadużywania znaczącej siły rynkowej – odznaczają się sporym stopniem ogólności⁴⁰. Nie oznacza to, iż w ustawie australijskiej brakuje przykładów praktyk unilateralnych, które już bardziej konkretnie precyzują określony typ (rodzaj) zachowania rynkowego. Przykładem jest choćby stosowanie cen zaniżonych (tj. cen poniżej relewantnego poziomu kosztów korporacji) przez określony czas; warto dodać, iż w prawie australijskim – podobnie jak w prawie UE oraz inaczej niż w prawie USA⁴¹ – nie jest wymagane spełnienie przesłanki możliwości (prawdopodobieństwa) odzyskania strat (co zarazem wprost określone zostało w przepisie⁴²).

W ustawie o konkurencji i konsumentach określono także sposób interpretacji pojęcia „wykorzystywania siły rynkowej”. Artykuł 46 (6A) CCA stanowi, iż sąd może wziąć pod uwagę: (1) czy „znaczący stopień siły na rynku” (*substantial degree of power in the market*) „istotnie/faktycznie ułatwił” (*materially facilitated*) korporacji podjęcia danego zachowania; (2) czy korporacja podjęła dane zachowanie „w oparciu” (*in reliance*) o znaczący stopień siły rynkowej⁴³; (3) czy korporacja prawdopodobnie podjęłaby się danego zachowania, jeżeli nie posiadałaby znaczącego stopnia siły rynkowej, oraz (4) czy „zachowanie jest w inny sposób powiązane” (*the conduct is otherwise*

³⁵ S.G. Corones, *Competition Law*..., s. 427.

³⁶ *Distinguish beneficial from deleterious competitive practices*; Boral Besser Masonry Limited (obecnie Boral Masonry Ltd) v. ACCC (2003) 215 CLR 374 at 429.

³⁷ Zgodnie z art. 46 (1) CCA., przedsiębiorca posiadający znaczny stopień siły na rynku nie może wykorzystywać tej siły na tym ani innym rynku w celu (...) [A corporation that has a substantial degree of power in a market shall not **take advantage of that power** in that or any other market for the purpose of (...)].

³⁸ Wykorzystanie siły rynkowej polegające na określonych w art. 46 CCA zachowaniach ograniczających konkurencję (lub choćby samą rywalizację) musi zostać podjęte w danym celu (*for the purpose of*); art. 46 (1) zd.1 *in fine* CCA.

³⁹ S.G. Corones, *Competition Law* ..., s. 429.

⁴⁰ Z tego punktu widzenia przejawiając pewne podobieństwa do art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

⁴¹ Jak to ma miejsce w prawie amerykańskim, zob. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

⁴² Zob. art. 46 (1AAA), zgodnie z którym: *If a corporation supplies goods or services for a sustained period at a price that is less than the relevant cost to the corporation of supplying the goods or services, the corporation may contravene subsection (1) even if the corporation cannot, and might not ever be able to, recoup losses incurred by supplying the goods or services.*

⁴³ Jakkolwiek trudno dostrzec istotniejszą różnicę między pierwszą a drugą „dyrektywą interpretacyjną” pojęcia wykorzystywania znaczącej siły rynkowej. Z resztą także i czwarta z nich – z racji swego najbardziej generalnego ujęcia – może w znikomym stopniu ułatwiać wykładnię wskazanego pojęcia.

related) ze znaczącym stopniem siły rynkowej korporacji. Orzecznictwo – opierając się na treści art. 46 (6A) CCA – dość często bazuje na trzeciej ze wspomnianych dyrektyw inkorporującej (znany na gruncie prawa amerykańskiego⁴⁴, ale także i unijnego) „test *but for*”, który wymaga odpowiedzi na pytanie czy dane zachowanie dominanta byłoby możliwe także na rynku konkurencyjnym (niezdominowanym)⁴⁵.

3. Na uwagę zasługuje rozwiązanie odnoszące się do tzw. zmuszania podmiotu trzeciego, czy też – tłumacząc dosłownie – „**zmuszanie trzecio-liniowe**” (*third-line forcing*), stanowiące szczególny rodzaj transakcji wyłącznej. Praktyka ta polega na zobligowaniu (zmuszaniu) nabywcy do zaopatrywania się w określony produkt u podmiotu trzeciego (będącego zarazem beneficjentem danej praktyki⁴⁶). Omawiane zachowanie jest podobne do znanej na gruncie prawa polskiego i unijnego sprzedaży wiązanej (*tying*), z tą jednak różnicą, iż w tym drugim wypadku produkt wiążący i produkt wiązany (zazwyczaj) nabywane są od tego samego przedsiębiorcy; jest to zatem przypadek tzw. zmuszania drugo-liniowego (*second-line forcing*). Na gruncie prawa australijskiego *third-line forcing* poddane jest zakazowi *per se*⁴⁷, co wynika z art. 47 (1) CCA. Przepis ten stanowi, iż korporacja nie może stosować praktyki sprzedaży wyłącznej (*exclusive dealing*), tj. warunkowania dostaw towarów lub świadczenia usług lub zaoferowania rabatu od tego, iż nabywca (świadczeniobiorca) nie będzie nabywał konkurencyjnych towarów (lub usług), przy czym zgodnie z art. 47 (10) CCA zakaz ów dotyczy tylko tych przypadków *exclusive dealing*, które mają na celu lub prawdopodobnie skutkują istotnym ograniczeniem konkurencji. Jednocześnie zawarte w art. 47 (10) CCA zastrzeżenie nie dotyczy praktyki polegającej na *third-line forcing*. To restrykcyjne rozwiązanie jest specyficzne, ponieważ **ma ono zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców/korporacji** (nie ogranicza się zatem do tych dysponujących znaczącą siłą rynkową). W literaturze wskazuje się na brak ekonomicznego uzasadnienia dla zakazu *per se* w odniesieniu do tej praktyki (tym bardziej, że sprzedaż wiązana (*secondary-line forcing*) poddana została testowi konkurencji (*competition test*))⁴⁸. Przykładowo, w przypadku franszyzy (zatem systemu sprzedaży, który zazwyczaj sprzyja rozwojowi konkurencji) nierzadko bywa tak, iż franczyzodawca wymaga od franczyzobiorcy, aby ten drugi zaopatrywał się we wskazane towary u określonego (wskazanego przez franczyzodawcę) przedsiębiorcy (osoby trzeciej).

V. Fuzje i przejęcia

Australijski reżim prawny w zakresie koncentracji przedsiębiorców (*Merger & Acquisitions*) odznacza się pewnymi podobieństwami do rozwiązań polskich i unijnych – jakkolwiek przede wszystkim w kwestiach materialno-prawnych. W szczególności od 1992 r. obowiązuje **test znaczącego ograniczenia konkurencji** (*substantial lessening of competition test*) jako podstawowe kryterium oceny koncentracji (do tego czasu obowiązywał test dominacji). Prawo to nie zawiera definicji legalnej koncentracji, przewidując generalny zakaz nabywania (przejmowania) przez

⁴⁴ Zob. np. A. Douglas Melamed, *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct—Are There Unifying Principles?*, „Antitrust Law Journal” 2006, 73, s. 375–389; J.E. Lopatka, W. Page, *Devising a Microsoft Remedy that Serves Consumers*, „Georgia Mason Law Review” 2001, 9, s. 691–700.

⁴⁵ Zob. np. *Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Pty Co Ltd* (1989) 167 CLR 177, at 202; *Melway Publishing Pty Ltd v. Robert Hicks Pty* (2001) CLR 1 at 23–24.

⁴⁶ Zob. art. 47 (6) CCA, zgodnie z którym korporacja stosuje praktykę *exclusive dealing* jeżeli warunkuje dostawę towarów (usług), oferowania rabatu od tego, iż nabywca będzie się zaopatrywał od innego określonego przedsiębiorcy, który nie jest związany z daną korporacją.

⁴⁷ S.G. Corones, *Competition Law...*, s. 569.

⁴⁸ Zob. np. R. McEwin, *Third line forcing in Australia*, „Australian Business Law Review” 1994, 22, s. 22.

korporację (jak i osobę fizyczną) udziałów (*shares*) lub aktywów (*assets*) w innej korporacji lub u innej osoby, jeżeli nabycie to miałooby skutek lub prawdopodobnie mogłoby wywrzeć skutek w postaci istotnego ograniczenia konkurencji na rynku (art. 50 (1) CCA). Wśród innych podobieństw (zwłaszcza do prawa UE) wymienić można kierowanie się współczynnikiem HHI dla wstępnej oceny koncentracji⁴⁹ oraz uwzględnienie „obrony” przedsiębiorców opartej zarówno na argumentacji upadającej firmy (*ailing firm counterfactual*)⁵⁰, jak i na wzroście wydajności (*efficiencies*) powodowanej koncentracją⁵¹.

Na gruncie australijskiej ustawy **brak jest formalnego obowiązku uprzedniej notyfikacji organowi antymonopolowemu** (względnie innemu organowi publicznemu) zamiaru przeprowadzenia koncentracji (względnie faktu jej dokonania⁵²). W przypadku, gdy istnieje ryzyko, że planowana koncentracja może ograniczyć konkurencję, wówczas strony zazwyczaj uprzednio zgłaszają zamiar jej dokonania ACCC⁵³. Istnieją zarazem trzy tryby, w jakich organ publiczny dokonuje oceny koncentracji: nieformalna zgoda na fuzję (*informal merger clearance*)⁵⁴, formalna zgoda na fuzję (*formal merger clearance*) – dokonywane przez ACCC oraz autoryzacja fuzji (*merger authorisation*) – dokonywana przez Australijski Trybunał ds. Konkurencji (*Australian Competition Tribunal*)⁵⁵.

VI. Uwagi podsumowujące i refleksje końcowe

1. Na podstawie opracowania ogólnie prezentującego rozwiązania danego porządku prawnego trudno by dokonywać szczegółowych i daleko idących konkluzji oraz ewaluacji systemowych. Można wszak pokusić się o pewne generalne spostrzeżenia, jakie nasuwają się w odniesieniu do prawa konkurencji w Australii (także w kontekście jego porównania do unormowań krajowych i unijnych).

W pierwszej kolejności uwagę zwraca sama **metoda regulacji**. Australijska ustawa o konkurencji i konsumentach jest **bardzo obszerna, odznaczając się daleko idącym stopniem szczegółowości**. Tytułem przykładu można powołać enumeratywne wyszczególnienie rodzajów działalności, które nie stanowią działalności gospodarczej/biznesu (art. 2C CCA), rozbudowaną definicję legalną „konsumenta”⁵⁶ (art. 4B CCA) czy choćby obszernie ujęte rodzaje porozumień antykonkurencyjnych (art. 44ZZ CCA oraz pkt 3). Szczegółowość regulacji prawnej ma (a z pewnością może mieć) swoje zalety – w szczególności jeśli ogranicza dowolność interpretacyjną (zwłaszcza po stronie organów publicznych), sprzyjając pewności prawnej. W dużej mierze dotyczy to prawa konkurencji. Nierzadko przecież na gruncie (zwłaszcza materialnych) przepisów – głównie prawa unijnego, ale także polskiego⁵⁷ podnoszone są uwagi o nieprecyzyjności unormowań lub w ogóle

⁴⁹ W razie gdy wysokość HHI nie przekracza 2000 lub przekracza wprawdzie tę wielkość, lecz delta jest niższa niż 100, wówczas mało prawdopodobnym jest, aby ACCC miał zastrzeżenia co do danej koncentracji; ACCC Merger Guidelines (November 2008) [3.23].

⁵⁰ Zob. np. P & M Smallgoods/Hans Contitnental Smallgoods (13 March 2009) at [38] oraz ACCC Merger Guidelines (November 2008) [3.23].

⁵¹ Na co pozwala uwzględnienie „dynamicznych uwarunkowań” fuzji określonych w art. 50 (3) g CCA.

⁵² Jak np. w Niemczech, zob. T. Skoczny, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 761.

⁵³ S.G. Coronas, *Competition Law...*, s. 407.

⁵⁴ Mimo braku ustawowego obowiązku, w praktyce strony – tym bardziej w przypadku gdy mają wątpliwości co do możliwości ograniczenia konkurencji w wyniku koncentracji – notyfikują jej zamiar ACCC. W większości przypadków fuzje badane są przez ów organ w ramach nieformalnej procedury.

⁵⁵ S.G. Coronas, *Competition Law...*, s. 407.

⁵⁶ Która „ilościowo” odpowiada długości prawie 2/3 całego „słowniczka” zawartego w art. 4 polskiej uokik. Przepis ten zawiera zaś definicję aż 22 pojęć.

⁵⁷ Które jest przecież „bardziej pozytywnie zdefiniowane” niż prawo konkurencji UE. W prawie polskim ustawa definiuje pojęcia, które na gruncie prawa UE nie zostały sprecyzowane w przepisach prawa powszechnie wiążącego (będąc (do)określanym w orzecznictwie lub tzw. *soft law*); dotyczy to zarazem pojęć kluczowych (jak: np. „porozumienie”, „rynek właściwy” czy „pozycja dominująca”).

o braku regulacji ustawowej w odniesieniu do danej kwestii (instytucji) antymonopolowej i tym samym potrzebie albo interwencji ustawowej lub dokonania stosownej interpretacji orzeczniczej. Z tego punktu widzenia prawo australijskie mogłoby być postrzegane jako przewidujące godne aprobaty oraz inspirujące rozwiązania konstrukcyjne.

Patrząc jednak z innej perspektywy, można mieć wątpliwości odnośnie do takiego modelu legislacyjnego (zwłaszcza w relacji do prawa antymonopolowego). Prawo to przecież jest mocno (niejako „naturalnie”) powiązane ze zjawiskami rynkowymi oraz ekonomią i tym samym wypracowanymi w nauce tej teoriami i pojęciami, które zazwyczaj są nieostre i wieloznaczne; ta immanentna cecha antymonopolu niejako ze swej istoty może utrudniać wprowadzanie na jego grunt precyzyjnych i jednoznacznych konstrukcji. Ponadto nadmierna kazuistyka regulacji (w tym posługiwanie się „zamkniętymi”/enumeratywnymi wyliczeniami) rodzi ryzyko obchodzenia danego przepisu poprzez podjęcie zachowań rynkowych nieodpowiadających konkretnej ustawowej „formie”. Należy wreszcie dodać, iż prawodawca antymonopolowy nawet przez bardzo obszerne ustawy nie będzie w stanie niejako *ex ante* w sposób kompleksowy i pozbawiony luk uregulować wszelkich zachowań podlegających danemu reżimowi, unikając potrzeby wypełnienia tego rodzaju „luk” przez orzecznictwo (odnosi się to także do prawa konkurencji w Australii⁵⁸).

2. Aksjologia australijskiego prawa antymonopolowego przejawia cechy odpowiadające skutkowemu (bardziej ekonomicznemu) podejściu w zakresie oceny prawnej praktyk przedsiębiorców. Jednocześnie w zakresie niektórych unormowań szczególnych jej rozwiązania mogą budzić zastrzeżenia w kontekście ich „zgodności” z ekonomiczną interpretacją praktyk przedsiębiorców oraz skutków, jakie wywierają na konsumentów i efektywność rynkową. Wątpliwości takie mogą zwłaszcza dotyczyć zasadności zakazu *per se* wobec *third line forcing*. Ponadto sama ustawa australijska za przejaw nadużycia siły rynkowej przewiduje praktykę mającą na celu eliminację lub istotne zaszkodzenie konkurentowi (co jak wiadomo – samo w sobie – wcale nie musi oznaczać szkody dla właściwie pojmowanej konkurencji).

3. O ile niektóre materialno-prawne rozwiązania prawa australijskiego wykazują (nawet znaczące) podobieństwa do rozwiązań polskich czy unijnych, o tyle już w zakresie procedury występują (nawet znaczące) różnice. Odnosi się to np. do instytucji porozumień ograniczających konkurencję (pod względem przedmiotowym/definicyjnym bardzo zbliżonych do koncepcji porozumienia/uzgodnionej praktyki znanych w prawie UE oraz polskim) czy też testu korzyści netto (który tak koncepcyjnie, jak i analitycznie zbliżony jest do reguły rozsądku (testu balansowania)) przewidzianych w art. 101 ust. 1 TFUE oraz art. 8 ust. 1 uokik. W prawie australijskim wszakże test ów przeprowadza ACCC – w ramach autoryzacji⁵⁹ – nie zaś sami przedsiębiorcy. Doniosła różnica proceduralna obowiązuje także w zakresie kontroli fuzji i przejęć, co do których prawo to nie przewiduje obowiązkowej kontroli *ex ante* przez organ publiczny (niezależnie do wielkości obrotów łączących się przedsiębiorców).

⁵⁸ Mimo obszernej ustawy sądy australijskie i tak stosunkowo często stawiały przed potrzebą interpretacji – w tym „definiowania” różnych pojęć (nieprecyzowanych w ustawie).

⁵⁹ Procedura autoryzacji przejawia podobieństwa do trybu indywidualnego zwolnienia spod zakazu z (obecnego) art. 101 ust. 1 TFUE, którego to zwolnienia – do 1 maja 2004 r. – dokonywała Komisja Europejska; zob. też K. Kohutek, *Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 3, s. 27–29.